Die
Konzentration der Gattungsschuld
(B.G.B. § 243)
nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Walter Ricken
aus Mülheim-Ruhr-Styrum
Referendar zu Mülheim-Ruhr.

Approbiert am 17. Oktober 1905.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

35

Referent: Herr Universitäts-Professor Dr. **Binder.**

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitender Teil.

§ 1. I. Begriff und Wesen der Gattungsschuld 1
§ 2. II. Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes 3

B. Hauptteil.

§ 3. Vorbemerkung 6

I. Voraussetzungen der Konzentration.

§ 4. a) Hinsichtlich des Leistungsgegenstandes 7
b) Hinsichtlich der Leistungstätigkeit des Schuldners.
§ 5. 1. Vorbemerkung 10
§ 6. 2. Die Theorien des gemeinen Rechts. — Thöl, Heyer, v. Ihering, Bekker, Regelsberger 11
3. Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
§ 7. α) Konzentration durch Erfüllung: Hol- und Bringschuld 16
β) Konzentration vor der Erfüllung.
§ 8. αα) Schickschuld 19
§ 9. ββ) Gläubigerverzug 22
§ 10. γγ) Ist Ausscheidung zur Herbeiführung der Konzentration erforderlich? 26

II. Wirkungen der Konzentration.

§ 11. a) Vorbemerkung 27
§ 12. b) Gefahrübergang 28
§ 13. c) Jus variandi? 31

Literaturverzeichnis.

Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf, im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 5. Leipzig 1861.

Berndorff, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle a. S. 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1900.

Enneccerus und **Lehmann**, Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.

Fischer und **Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. München 1902.

Goldmann und **Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1883.

Hartmann, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Haver, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Heyer, Beiträge zur Lehre vom Kaufe, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 15. Gießen 1858.

v. Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4. Jena 1861.

Laband, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73. Freiburg i. B. 1888.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Merziger, Das Verhältnis von Konzentration und Annahmeverzug bei der Gattungsschuld. Trier 1902.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin-Leipzig 1888.

Oertmann, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12. Berlin 1897.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Oster, Voraussetzungen und Wirkungen der sogen. Konzentration bei Gattungsschulden. Borna-Leipzig 1903.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. Berlin 1900.
Plonski, Die Konzentration der Gattungsschuld. Greifswald 1900.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1897.
Quadbeck, Die Konzentration der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Borna-Leipzig 1904.
Regelsberger, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49. Heidelberg 1866.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schwering, Voraussetzungen und Wirkungen der sogen. Konzentration bei Gattungsschulden. Borna-Leipzig 1903.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1901.
Thöl, Das Handelsrecht. Göttingen 1854.
Ubbelohde, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 85. Freiburg und Leipzig 1896.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1900.

A. Einleitender Teil.

§ 1.

I. Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

Die Gattungsschuld ist ein Schuldverhältnis, bei welchem der Leistungsgegenstand nicht individuell, sondern bloß nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist. Den Gegenstand eines solchen Schuldverhältnisses bilden hauptsächlich Sachen — dies sind nach § 90 B.G.B. nur körperliche Gegenstände — z. B. ein Lastpferd, 20 Pfund Gerste. Doch liegt eine generische Obligation auch dann vor, wenn jemand zu einer nur ihrer Art nach bezeichneten Arbeit verpflichtet ist.[1]) Die Motive erkennen dies unter Verweisung auf Windscheid[2]) ausdrücklich an. Der erste Entwurf hat jedoch keine Rechtsnormen über derartige Gattungsobligationen getroffen, denn — so begründen die Motive[3]) diesen Standpunkt — „generische Obligationen, deren Gegenstand eine Handlung ist, sind äußerst selten und haben einen so eigentümlichen Charakter, daß sie sich nicht unter allgemeine Regeln subsumieren lassen, bei ihrer Beurteilung vielmehr die besonderen Umstände des einzelnen Falles den Ausschlag geben müssen". Demgemäß hat das B.G.B. im § 243 nur die Gattungssachschuld geregelt.[4]) Auf Schuldverhältnisse, bei denen nur der Gattung nach bestimmte Arbeitsleistungen geschuldet werden — ein Agent verpflichtet sich, hundert polnische Erntearbeiter

---

[1]) vgl. Goldschmidt, Lehrbuch des Handelsrechts Buch III S. 16 Anm. 13 und die dort angeführte Literatur.

[2]) Pandekten § 255 Nr. 16.

[3]) S. 11.

[4]) Nur im § 279 spricht das B.G.B. von einem nur der Gattung nach bestimmten „Gegenstand". Dieser Begriff umfaßt aber auch Rechte.

zu stellen —, finden die für generische Sachobligationen geltenden Vorschriften rechtsähnliche Anwendung.[1])

Meistens wird die Gattungsschuld auf ein Quantum vertretbarer Sachen,[2]) z. B. hundert Exemplare der Cottaschen Ausgabe von Schillers Werken, gerichtet sein. Nur der Gattung nach bestimmte Sachen sind aber durchaus nicht mit vertretbaren Sachen identisch.[3]) Letztere erscheinen zwar, da es bei ihnen auf das individuelle Moment nicht ankommt, „geradezu prädestiniert zu Gegenständen einer Obligationsart, bei der auf die Individualität der Leistung kein Gewicht gelegt wird".[4]) Doch ist es sehr wohl möglich, daß eine vertretbare Sache, die für die eine Vertragspartei individuelles Interesse hat, z. B. bestimmte Geldstücke, zum Gegenstand einer Speziesschuld gemacht wird.[5]) Ebenso kann eine Sache von gewöhnlich individueller Bedeutung — z. B. ein Klavier, ein Reitpferd — im Einzelfalle gattungsmäßig geschuldet werden.[5])

Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit einerseits, genus und species andrerseits sind demnach ganz verschiedene Begriffe. Die Eigenschaft der Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit einer Sache ist durch die Verkehrsanschauung gegeben; dagegen entscheidet darüber, ob eine Sache eine Spezies- oder eine Genussache ist, der Wille der Parteien.

Der Gegenstand der Gattungsschuld kann ferner sowohl eine bewegliche als auch eine unbewegliche Sache sein — ein Faß Wein, ein Grundstück. Die Gattungsschuld kann auch ebensogut eine in der bezeichneten Gattung bereits vorhandene Sache zum Gegenstande haben, wie eine zukünftige, d. h. eine in Zukunft erst entstehende oder noch anzufertigende Sache. Diese Behauptung könnte auf den ersten Blick befremden, „denn die Ungewißheit, welche das Wesen der generischen Bestimmung ausmacht, und welche gleichfalls alle zukünftigen Sachen

---

[1]) Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II S. 13 Note 1; Berndorff S. 7.

[2]) B.G.B. § 91.

[3]) In der Literatur ist der Unterschied nicht immer festgehalten. vgl. Heyer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß S. 30 Anm. 1. Dagegen Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4 S. 402 Anm. 41.

[4]) Haver, Die Gattungsschuld S. 31.

[5]) Berndorff a. a. O. S. 6; Ihering a. a. O. S. 409; Haver a. a. O. S. 30/31.

trifft, verleitet auf den ersten Blick dazu, letztere mit den generisch bestimmten auf eine Linie zu stellen".[1]) Dies ist, wie Ihering ausführt,[1]) nicht richtig. Wenn ich ein Junges im Mutterleibe kaufe, so ist der Schuldgegenstand von vornherein individuell bestimmt. Ich kaufe eben dieses bestimmte Junge für den Fall, daß es geboren wird.

§ 2.

II. Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes.

Der Gegenstand des Gattungsschuldverhältnisses darf nicht so unbestimmt sein, daß das Objekt ein völlig ungewisses und somit der reinen Willkür des Schuldners oder des Gläubigers überlassen ist. Der erste Entwurf erklärte im § 352 ausdrücklich einen derartigen Vertrag für nichtig: „Ist die Leistung, welche den Gegenstand eines Vertrages bilden soll, weder bestimmt bezeichnet, noch nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist der Vertrag nichtig."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine derartige Bestimmung als selbstverständlich nicht getroffen; eine andere Regelung dürfte auch unnötig sein, da andernfalls dem Rechte jeder Maßstab der Beurteilung fehlen würde. Ein Vertrag, der nur „Tiere", „Getreide", „Aktien" zum Gegenstande hat, verfällt also der Nichtigkeit, es müßte denn aus den näheren Umständen der Wille der Vertragschließenden erkennbar sein.

Damit ein gültiges Rechtsverhältnis begründet werde, muß zum mindesten Einverständnis über die Warenklasse bestehen, welcher der Leistungsgegenstand angehören soll.[2]) Ferner muß die Quantität der vom Schuldner zu liefernden Gattungssachen bestimmt sein.[3])

Die Gattungsschuld ist also scharf zu scheiden von einem Schuldverhältnis, das wegen völliger Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes der Nichtigkeit anheimfällt.

Wie weit darf aber die Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes gehen, ohne daß das Schuldverhältnis den Charakter als Gattungsschuld verliert und zur Speziesschuld wird?

---

[1]) Ihering a. a. O. S. 409.

[2]) Goldschmidt a. a. O. Buch III Kap. 1 S. 44.

[3]) Ihering a. a. O. S. 408; ferner Haber S. 15: „Ich kann nicht ‚Pferd' kaufen, sondern nur z. B. ein Pferd."

Meistens wird die bloße Angabe der Gattung nicht genügen, um das Schuldverhältnis vor der oben behandelten Gefahr der Nichtigkeit zu bewahren, vielmehr muß in der Regel noch eine nähere Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch Angabe der Art hinzutreten. Zur Unterscheidung der Arten kann unter anderem dienen: die Farbe: helles — dunkles Bier; das Alter: Most — gelagerter Wein; der Ursprungsort: russisches — amerikanisches Petroleum; Verschiedenheit der Behandlungsweise: Rauchfleisch — Pökelfleisch; Geschmack: bittere — süße Mandeln. Der generische Charakter des Schuldverhältnisses wird nicht berührt, wenn eine Häufung dieser Merkmale stattfindet: weißes Bielefelder Leinen feinster Qualität.[1]) Die Gattung kann durch Häufung der Merkmale so weit begrenzt werden, daß tatsächlich nur wenige Gegenstände der verlangten Art vorhanden sind. Erforderlich ist nur, „daß die Parteien an das Vorhandensein mehrerer den aufgestellten Gattungsmerkmalen entsprechender Gegenstände denken".[2]) Möglich ist sogar ein generisches Schuldverhältnis, bei dem zufällig nur ein einziger Gegenstand den Erfordernissen entspricht.[3])

Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt die Möglichkeit einer näheren Bezeichnung der Gattungsschuld an, indem es im § 243 Abs. 2 von „mittlerer Art und Güte" der nur der Gattung nach bestimmten Sache spricht.

Die Bestimmung der zu leistenden Sachen darf aber, damit überhaupt noch von einer Gattungsschuld die Rede sein kann, nicht bis zu ihrer Individualisierung gehen. Die Sache muß bestimmt sein als „Träger bestimmter Eigenschaften",[4]) nicht als Sachindividuum. Darin unterscheidet sich die Gattungsschuld von der Speziesschuld, daß bei letzterer außer den Gattungseigenschaften auch noch die dem Gegenstande der geschuldeten Leistung eigentümlichen individuellen Eigenschaften zur Bestimmung herangezogen werden.

Der Ausdruck „nur der Gattung nach bestimmt" im § 243 Abs. 1 des B.G.B. hat eben zum Gegensatz: nicht durch andere, als nur der Gattung entnommene Merkmale bestimmt.

---

[1]) Erwähnt sei hier das interessante Beispiel, das Regelsberger im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 215 anführt: Hundert Stück militärtauglicher Pferde, fünf bis acht Jahre alt, norddeutscher Rasse.

[2]) Haver S. 8.

[3]) Derselben Ansicht ist Haver S. 8.

[4]) Endemann, Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 2 S. 600.

Dadurch hat meines Erachtens das Bürgerliche Gesetzbuch die im gemeinen Recht heiß umstrittene Frage entschieden, ob eine Gattungsschuld vorliegt, wenn der Schuldner nach Gattungsmerkmalen bezeichnete Gegenstände aus einer bestimmten Menge oder Zahl zu leisten hat, also den Fall der gemischtgenerischen Obligation — hundert Scheffel Weizen von einem bestimmten Getreidespeicher, ein Schaf aus einer bestimmten Herde. —

Nach dem Standpunkt der Motive[1]) bilden die gemischtgenerischen Obligationen keine besondere Klasse für sich, sie gehören vielmehr entweder zur Klasse der alternativen oder der generischen Obligationen. Die Entscheidung darüber, welcher Klasse die Obligation zuzurechnen ist, soll der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen werden, wobei vornehmlich die Prüfung der Frage von Wichtigkeit sein soll, ob im gegebenen Falle von den Beteiligten das Gewicht auf die in der näher bezeichneten Menge begriffenen Individuen gelegt worden ist, oder ob die Beschränkung auf die bestimmte Menge nur die Bestimmung einer besonderen Gattung bezweckt.

Ich kann mich dieser, in der Literatur viel vertretenen Ansicht[2]) nicht anschließen. Meines Erachtens läßt auch der Ausdruck des B.G.B. im § 243 „nur der Gattung nach bestimmt" keinen Zweifel hinsichtlich der Charakterisierung der gemischt-generischen Obligationen zu. Der Leistungsgegenstand des generischen Schuldverhältnisses soll nur der Gattung nach, also nur durch Merkmale, die der Gattung entnommen sind, bestimmt sein. Die Beziehung auf eine bestimmte Zahl oder Menge stellt aber kein Gattungsmerkmal dar, denn die Zahl oder Menge ist keine Gattung. Demnach kann eine Gattungsschuld nicht vorliegen, vielmehr handelt es sich um eine Speziesschuld.[3]) Im übrigen würde doch im Falle einer gemischtgenerischen Obligation von einer nach § 243 B.G.B. erforderlichen mittleren Art und Güte der zu leistenden Sache nicht die Rede sein können.

---

[1]) S. 11.

[2]) Planck, Kommentar zu § 243 unter Nr. 2; Windscheid, Lehrbuch Bd. 2 § 255 Note 17; Schollmeyer, Kommentar zu § 243 unter Nr. 2; Fischer-Henle, B.G.B., zu § 243 unter Nr. 1.

[3]) Oertmann, Kommentar zu § 243 unter 1; Dernburg, B.G.B. Bd. 2 S. 27.

B. Hauptteil.

§ 3.

Vorbemerkung.

Bei der Gattungsschuld ist der geschuldete Gegenstand zunächst unbestimmt. Geleistet werden kann aber bei jeder Obligation nur ein bestimmter Gegenstand. Damit also eine Leistung, der Zweck jedes Schuldverhältnisses, möglich sei, muß sich das generische Schuldverhältnis einmal auf eine bestimmte Sache beschränken. Durch diesen Akt wird die Obligation in eine Speziesobligation verwandelt; es finden demnach von diesem Augenblicke an, wie unten[1]) näher zu behandeln, ganz andere Grundsätze Anwendung als bisher, wo nur eine nach Gattungsmerkmalen bestimmte Sache geschuldet wurde. Diesen für die Gattungsschuld bedeutsamen Vorgang nennt man Konzentration des Schuldverhältnisses.[2]) Die Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses kann auf verschiedene Art eintreten. Zunächst ist es möglich, daß die sämtlichen der Gattung angehörigen Gegenstände bis auf einen untergehen. Wird auf diese Weise jeder andere Leistungsinhalt bis auf einen unmöglich, so bleibt dieser der Gegenstand der Obligation als Ding gewisser Art; es konkretisiert sich nicht etwa die Obligation auf den einen möglich gebliebenen Leistungsinhalt in seiner konkreten Individualität.[3])

Eine eingehende Erörterung dieser Frage würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen.

---

[1]) §§ 12—14.

[2]) In neuerer Zeit gebraucht man auch, in Anlehnung an die Ausdrucksweise des § 243: „So beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache", vielfach die Bezeichnung „Beschränkung des Schuldverhältnisses". Andere Ausdrücke: Spezialisierung, Konkretisierung, Individualisierung.

[3]) Windscheid, Pandekten § 255.

Aus demselben Grunde erübrigt es sich, ausführlich zu erörtern, ob Konzentration beim Gattungsschuldverhältnis eintritt durch einseitige wörtliche Erklärung des Schuldners sowie durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den ein bestimmter Gegenstand zum Leistungsgegenstand gemacht wird. Erwähnt sei hier lediglich, daß die einseitige Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger nur dann Beschränkung des Gattungsverhältnisses bewirken kann, wenn in dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ihr diese Bedeutung beigelegt worden ist.

Diese beiden Fälle der Konzentration durch einseitige Erklärung des Schuldners sowie durch einen auf Konzentration gerichteten Vertrag der Parteien bedeuten aber in Wirklichkeit nur die Verwandlung einer bestehenden Verbindlichkeit in eine neue,[1]) wie sie bei allen obligatorischen Verhältnissen möglich ist.

Den Gegenstand dieser Arbeit wird nur die Konzentration bilden, welche dadurch eintritt, daß der Schuldner das zur Leistung einer Gattungssache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat — § 243 B.G.B.

I. Voraussetzungen der Konzentration.

§ 4.

a) Voraussetzungen hinsichtlich des Leistungsgegenstandes.

Zunächst sei hier bemerkt, daß die Leistung vollständig sein muß, wenn dem Schuldner nicht das Recht auf Teilleistungen zusteht. Bei unvollständiger Leistung ist Konzentration unmöglich, falls der Gläubiger die Annahme der Teilleistung verweigert, wozu er gemäß § 266 B.G.B. berechtigt ist. Bei einem gegenseitigen Vertrage darf aber gegenüber einer Teilleistung nach dem § 320 des B.G.B. Abs. 2 die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

---

[1]) Haver S. 38; Windscheid § 255 Nr. 20.

Von welcher Beschaffenheit muß nun eine Gattungssache sein, damit sich das Schuldverhältnis auf dieselbe konzentrieren kann?

Diese Frage hat von den verschiedenen Rechten eine vielfach abweichende Regelung erfahren.

Das gemeine Recht verlangte, ebenso wie das römische,[1]) nur, daß die Sache dem bestimmten genus angehörte; der Schuldner konnte sich also durch Leistung selbst der schlechtesten Sache aus der Gattung befreien.

Von diesem Standpunkte haben sich die meisten neueren Kodifikationen,[2]) unter ihnen auch das Bürgerliche Gesetzbuch, abgewandt. Dieses bestimmt für den Fall, daß nicht durch Rechtsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend etwas Abweichendes vereinbart ist, im § 243 Abs. 1: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten." Noch weiter ging der Schwabenspiegel, der dem Gattungsverkäufer die Verpflichtung auferlegte, das Beste zu leisten, eine Bestimmung übrigens, welche im Gegensatz zu der sonstigen Behandlung dieser Frage im deutschen Recht steht.[3])

Das im § 243 aufgestellte Erfordernis der mittleren Art und Güte bildet den Maßstab für die Beschaffenheit der Sache. Entspricht daher die Beschaffenheit der Sache diesem Maßstabe nicht, erreicht sie nicht einmal die mittlere Art und Güte, so kann eine solche Sache als Erfüllungsgegenstand zweifellos nicht in Betracht kommen. Nach unten ist demnach durch die angezogene Bestimmung eine Schranke gesetzt.

Hat das Gesetzbuch aber dadurch, daß es vom Schuldner die Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte verlangte, auch eine Grenze nach oben ziehen, mit anderen Worten, den Gläubiger berechtigen wollen, eine Sache bester Art und Güte zurückzuweisen, weil sie nicht Gegenstand des Schuldverhältnisses sei? Nach dem Code Civil Art. 1246, der nur feststellt, daß der Schuldner nicht ver-

---

[1]) Dieses bestimmte z. B. l. 72 D. de sol. 46,3, daß jemand, der einen Sklaven schuldet, selbst durch Leistung eines homo turpis sich von seiner Verbindlichkeit freimachen kann.

[2]) A.L.R. I, 5 § 275; Code Civil Art. 1246, H.G.B. alter Fassung Art. 335, neuer Fassung § 360.

[3]) Stobbe, Handbuch Bd. 3 S. 304 Note 38.

pflichtet sei, beste Qualität zu liefern, ist die Frage zu verneinen, jedoch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf Grund der klaren Fassung des § 243 zu bejahen,[1]) das heißt, der Gläubiger kann die Annahme einer Gattungssache von bester Art und Güte verweigern.

Dieser Standpunkt ist auch in der Literatur vielfach vertreten.[2])

Planck wendet sich zwar grundsätzlich gegen diese Anschauung: „Eine bessere Sache als die mittlere Art und Güte ist selbstverständlich zulässig",[3]) ohne jedoch diese Behauptung irgendwie zu begründen. Gegen seine Auffassung ließen sich aber Bedenken nicht nur aus dem Wortlaut des § 243 B.G.B., sondern auch aus Billigkeitsrücksichten erheben.

Es könnte sich nun leicht für den Schuldner der Nachteil ergeben, daß der Gläubiger, der an der Leistung kein Interesse mehr hat, Sachen bester Qualität, obwohl er diese gerade so gut gebrauchen kann wie Sachen von mittlerer Art und Güte, zurückweist unter dem Vorwande, es sei eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten gewesen. Eine solche Handlungsweise des Gläubigers im Falle eines mittlere Art und Güte überragenden Leistungsgegenstandes wäre aber gemäß § 226 B.G.B. unzulässig, da sie nur den Zweck haben könnte, dem Schuldner Schaden zuzufügen. Sofern der Gläubiger ein Interesse an der Leistung von Sachen gerade mittlerer Art und Güte hat — besonders im kaufmännischen Verkehr wird ihm mittlere Qualität, weil marktgängiger, meistens lieber sein als beste Qualität[4]) —, braucht er natürlich nichts Besseres als Mittelgut anzunehmen.[5])

Durch die Stellung des § 243 B.G.B. im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse ist klar zum Ausdruck gebracht, daß dieser Paragraph auf alle Schuldverhältnisse, also auch auf Schenkungen und andere einseitige Verpflichtungen, Anwendung findet. Es erübrigt

---

[1]) Schon Goldschmidt, Handelsrecht § 62 S. 48 und 49 definiert die mittlere Art und Güte dahin: „Weder das Beste, noch das Schlechteste, noch was dem Besten oder Schlechtesten ganz nahe steht."

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 29; Cosack, Bürgerl. Recht § 84b; Berndorff S. 43.

[3]) Kommentar S. 11; ebenso Heilfron a. a. O. S. 16, auch ohne Gründe.

[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 29.

[5]) Crome, Bürgerl. Recht § 147 S. 48 Anm. 13.

sich daher, auf die diesbezüglichen Ausführungen Labands im Archiv für die civilistische Praxis[1]) näher einzugehen.

Von dem im Abs. 1 des § 243 aufgestellten Grundsatze kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur eine Ausnahme, nämlich im § 2155 beim Gattungsvermächtnisse. Liegt ein solches vor, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten. Diese kann also die mittlere Art und Güte sowohl übersteigen als auch hinter ihr zurückbleiben. Nur wenn sich aus den Verhältnissen des Bedachten nichts ergibt, oder selbst diese noch einen Spielraum lassen, kommt wieder die Regel des § 243 Abs. 1 zur Anwendung.

b) Voraussetzungen hinsichtlich der Leistungstätigkeit des Schuldners.

§ 5.

1. Vorbemerkung.

Von größter Wichtigkeit ist beim Gattungsschuldverhältnisse die genaue Bestimmung des Zeitpunktes der Konzentration, insbesondere deswegen, weil in diesem Augenblicke die bisher auf dem Schuldner lastende Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wie unten[2]) näher auszuführen ist. Welche Handlungen muß nun der Schuldner vornehmen, damit sich das Gattungsschuldverhältnis auf eine Sache, die den im vorigen Paragraphen aufgestellten Erfordernissen entspricht, beschränkt?

Die Frage hat im gemeinen Recht eine sehr verschiedene Beantwortung erfahren. Die Schriftsteller des gemeinen Rechts haben sie am Gattungskauf, dem wichtigsten Anwendungsfalle der Gattungsschuld, erörtert. Ihre Untersuchungen können aber auf sämtliche Gattungsschuldverhältnisse ausgedehnt werden, denn die Frage nach dem Gefahrübergange, mit der sie sich hauptsächlich beschäftigen, findet bei allen generischen Obligationen in gleicher Weise ihre Lösung. Wo aber

---

[1]) Laband a. a. O. Bd. 73 S. 177 will die Regel des § 213 des Entwurfs I, jetzt § 243 Abs. 1 B.G.B., auf vertragsmäßige entgeltliche Schuldverpflichtungen beschränkt wissen.

[2]) im § 12.

der Übergang der Gefahr, die wichtigste Folge der Konzentration, stattgefunden hat, muß auch seine Voraussetzung, die Konzentration, eingetreten sein.[1])

Bis auf Thöl ist von der Wissenschaft der Frage nach dem Zeitpunkt der Konzentration sehr wenig Beachtung geschenkt worden. Nur Carpzow hat sie in seinem opus decisionum einer etwas eingehenderen Erörterung unterzogen und es für ein allgemeines, allerdings nur kaufmännisches, Gewohnheitsrecht erklärt, daß die Gefahr der gekauften Ware erst mit der Absendung auf den Käufer übergehe.[2]) Er hält diesen Satz aber lediglich für einen singulären, auf kaufmännische Handlungen zu beschränkenden.

Ein allgemeines Prinzip stellte erst Thöl im 19. Jahrhundert auf; seitdem gehört dieses Thema zu den am meisten umstrittenen des gemeinen Rechts.

§ 6.

2. Die Theorien des gemeinen Rechts.

Thöls Theorie.

Thöl sieht das maßgebende Moment für die Frage des Gefahrüberganges in der Ausscheidung der species aus dem genus. Die Ausscheidung muß körperlich vorgenommen werden; es genügt nicht etwa der bloße Entschluß. Falls das genus schon geteilt war, so daß es eines besonderen Ausscheidens nicht bedurfte, hat der Verkäufer seinen Entschluß, daß dieser Teil für den Käufer bestimmt sein solle, durch irgendeine Handlung kenntlich zu machen.[3])

Die Ausscheidung darf auch nicht eine bloß „einseitige" sein, vielmehr wird vom Verkäufer eine „zweiseitige" Ausscheidung verlangt. Das Wesen dieser Zweiseitigkeit erblickt Thöl darin, daß beide Teile über die aus dem genus ausgeschiedene species auf dieselbe Weise einig sind, wie sie, wenn von vornherein über eine species gehandelt ist, über diese einig sein müssen, mit der Modifikation, daß der Käufer eine vom Verkäufer einseitig ausgeschiedene species, welche annehmbar, d. h. kontraktsmäßig und ohne Fehler ist, nicht zurückweisen darf. Es

[1]) Protokolle S. 287.
[2]) Opus decisionum decisio 131.
[3]) Thöl, Das Handelsrecht Bd. I S. 314.

genügt, wenn dem Käufer die Ausscheidung der species so angezeigt ist, daß er seine Gedanken auf diese ausgeschiedene species hat richten können; die Anzeige muß so genau sein, daß der Beweis der Identität mit Beziehung auf die Anzeige geführt werden kann.[1])

Heyers Theorie.

Gegen das von Thöl aufgestellte Erfordernis der Zweiseitigkeit der Ausscheidung wendet sich Heyer,[2]) der im übrigen völlig auf dem Boden der Thölschen Theorie steht. Nach seiner Ansicht genügt die rein einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer, um die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen; irgendwelche Beteiligung seitens des Käufers ist nicht erforderlich.

Diese Anschauung steht aber in schroffem Gegensatz zu unserem Rechtsgefühl. Sie gibt den Käufer fast gänzlich in die Hand des Verkäufers. Als besonders deutlich sei hier das von Regelsberger im Archiv für die Civilistische Praxis[3]) angeführte Beispiel mitgeteilt:

„Ich habe bei einem Buchhändler Goethes Werke bestellt. Der Buchhändler nimmt ein Exemplar von seinem Lager, verpackt und adressiert es, um es mir am nächsten Morgen zuzusenden. In der Nacht wird aber der Laden ausgeraubt und dabei das für mich bestimmte Werk mitgenommen. Sendet er mir seine Rechnung zu, so kann ich nach Heyers Ansicht deren Berichtigung nicht weigern, denn die Ware war zur Zeit, als sie der Zufall traf, spezialisiert."

v. Iherings Theorie.

Gegenüber den Theorien Thöls und Heyers stellt v. Ihering[4]) folgende Theorie auf:

Zunächst bemerkt er bezüglich des Verhältnisses der Theorie Thöls zu der Heyers, daß in Wirklichkeit der Thölsche Verkäufer, ebensogut wie der Heyersche, einseitig ausscheide. Dadurch — so

---

[1]) Thöl a. a. O. S. 316—18.

[2]) Beiträge zur Lehre vom Kaufe in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 15 Nr. 1.

[3]) Bd. 49 S. 196.

[4]) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4 Nr. 5.

führt er aus[1]) — daß jener den Käufer sofort von der Ausscheidung benachrichtigt, wird doch der einseitige Akt nicht in einen zweiseitigen verwandelt, denn „der Bericht über eine Tatsache ändert die Tatsache nicht".[2]) Zu welchen unbefriedigenden Ergebnissen die Ausscheidungstheorie führen kann, zeigt v. Ihering an folgendem Fall[3]):

„Das Handlungshaus N, bei dem unabhängig voneinander der A in X und der B in Z jeder 600 Zentner Coaks bestellt haben, wählt zum Transport derselben den Flußschiffer P, welcher regelmäßig dieses Geschäft zu besorgen pflegt, und mißt ihm das Gesamtquantum von 1200 Zentnern zu, ohne daß die 600 des A und die 600 des B weder beim Zumessen noch bei der Verladung geschieden worden wären. P verladet die 1200 Zentner auf zwei Schiffe, und zwar 800 auf ein größeres, 400 auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt geht letzteres bei einem heftigen Sturme mit der Ladung unter. P fährt mit dem anderen Schiffe ab und ladet in X, wo er zuerst anhält, bei dem A 600 Zentner ab, so daß der B nur noch 200 erhält. Da B nur für letztere den Kaufpreis entrichten will, N aber den Kaufpreis für die ganzen 600 beanspruchen zu können glaubt, so erhebt letzterer Klage."

Der Kläger wurde aber abgewiesen, weil er nicht den Beweis dafür zu erbringen vermochte, daß die untergegangenen 400 Zentner für den Beklagten ausgeschieden worden waren.

Diese Entscheidung entsprach völlig der Ausscheidungstheorie, aber durchaus nicht der Billigkeit. Denn das Handlungshaus N hatte alles bewirkt, was ihm nach dem Sinn des Vertrages oblag. Eine gemeinsame Ladung lag doch im Interesse des B, denn hätte der Verkäufer die für B bestimmten 600 Zentner getrennt verladen lassen wollen, so wäre zu diesem Zwecke die Errichtung einer Bretterwand in dem größeren Schiffe erforderlich gewesen. Dies hätte aber eine nicht geringe Erhöhung der Transportkosten verursacht.

Noch deutlicher treten die mißlichen Konsequenzen der Ausscheidungstheorie in einer Reihe anderer, dem täglichen Leben entnommener Fälle vor. Nach dieser Theorie müßte die Hausfrau die Gefahr tragen, wenn dem Fleischer auf dem Wege zu ihrem Hause von einem

[1]) a. a. O. S. 382.
[2]) S. 382.
[3]) S. 367 ff.

Hunde das erwiesenermaßen für sie bestimmte Stück Fleisch entrissen wird.

Auch hätte, wenn der Kellner mit der vom Gast bestellten und für diesen ausgeschiedenen Flasche Wein ohne sein Verschulden fällt, der Gast den Preis zu entrichten.

Außerdem versagt die Ausscheidungstheorie gegenüber zwei Fragen.

Zunächst: Wann soll die Ausscheidung erfolgen? v. Ihering sagt mit Recht[1]): „Darf der Verkäufer eine Stunde vor der Leistung ausscheiden, warum nicht auch einen Tag, zwei Tage, eine Woche vorher?" Dann würde aber der Verkäufer durch sein Ausscheidungsrecht bedeutend günstiger gestellt sein als der Käufer. Er braucht ja nur die Ausscheidung vorzunehmen und dem Käufer Bericht zu erstatten, um die Gefahr auf den Käufer zu übertragen.

Ferner: Wie ist die Ausscheidung vorzunehmen? Genügt etwa die wörtliche Auswahl vor Zeugen? Oder muß die „reale Dokumentierung",[2]) wie Verpackung, Signierung usw. hinzukommen? „Der Gesetzgeber gerät hier in einen wahren kasuistischen Strudel und Wirbel hinein, aus dem ihn, wenn er einmal den allein konsequenten Gesichtspunkt, daß die bloße Wahl genüge, verwirft, nur die nackte Willkür retten kann."[2]) Aus allen diesen Willkürlichkeiten und unbefriedigenden Konsequenzen, welche die Ausscheidungstheorie mit sich bringt, geht hervor, daß die Ausscheidung nicht der Umstand sein kann, welcher die Konzentration herbeiführt. Nur die Leistung vielmehr hat Konkretisierung zur Folge, wie v. Ihering überzeugend nachweist.

Als einzige Ausnahme von diesem Grundsatze erkennt v. Ihering den Fall an, in welchem die Erfüllung infolge Verzuges des Käufers verhindert wird.

Am Schlusse seiner Darstellung faßt v. Ihering seine Theorie in folgende Worte zusammen: „Bei dem Verkauf generisch bestimmter Gegenstände, mag das genus, zu dem sie gehören, eng oder weit bestimmt sein, bereits existieren oder nicht, also auch bei erst anzufertigenden Sachen, geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Lieferung, die Lieferung aber geschieht bei ihm selbst (holen), insofern nicht das Bringen oder

[1]) S. 387.

[2]) v. Ihering a. a. O. S. 387.

[3]) v. Ihering a. a. O. S. 388.

Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich noch ausreichend."[1]) Die Ausscheidung kann also lediglich als Mittel der Lieferung dienen.[2]) Bemerkt sei noch, daß nach Ansicht v. Iherings der Schuldner auch dann schon geleistet hat — unter „Lieferung" versteht v. Ihering die Erfüllung einer Bestellung[3]) —, wenn er die zu leistenden Sachen der zur Versendung bestimmten Person übergeben hat, also im Falle der Schickschuld.[4]) Obwohl v. Iherings Theorie sich am besten den Bedürfnissen des Verkehrs anpaßt, hat sich gegen sie doch Widerspruch erhoben. Die von seinen Gegnern aufgestellten Theorien nehmen eine Mittelstellung zwischen den Theorien Thöls und v. Iherings ein.

Bekkers Theorie.

Auch Bekker[5]) läßt, wie v. Ihering, den Gefahrübergang mit der Leistung eintreten. Er hält die Ausscheidung, selbst wenn sie „zweiseitig" im Sinne Thöls ist, nicht für genügend. In dem von Thöl angeführten Bericht des Verkäufers erblickt er eine bloße „Offerte, ein individuell bestimmtes Leistungsobjekt an die Stelle des generisch bestimmten treten zu lassen";[6]) erst infolge Annahme dieser Offerte könne die Gefahr auf den Käufer übergehen.

Im Gegensatz zu v. Ihering, nach dem der Verkäufer auch ohne Ausscheidung sehr wohl das ihm kontraktlich Obliegende erfüllt haben kann, verlangt er aber stets eine „Individualisierung" des Kaufgegenstandes; seiner Ansicht nach hat der Verkäufer das Erforderliche nicht getan, solange er nicht individualisiert hat. Daß jedoch der Verkäufer, ohne die Ausscheidung vorgenommen zu haben, doch das seinerseits zur Leistung Erforderliche bewirkt haben kann, beweist gerade der berühmte, oben[7]) behandelte Fall v. Iherings bezüglich des Handlungshauses N. Hinsichtlich der Polemik Bekkers gegen das v. Ihering'sche

---

[1]) a. a. O. S. 433.
[2]) v. Ihering a. a. O. S. 387.
[3]) v. Ihering a. a. O. S. 371.
[4]) v. Ihering a. a. O. S. 372.
[5]) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 5, Bd. XVII.
[6]) a. a. O. S. 382.
[7]) S. 13.

Beispiel sei auf die eingehende Darstellung Berndorffs[1]) verwiesen, da eine ins einzelne gehende Erörterung dieses Punktes zu weit führen würde.

Regelsbergers Theorie.

Mehr als Bekker nähert sich Regelsberger[2]) der Thölschen Theorie. Er erkennt zwar an, daß die v. Iheringsche Theorie sich ebenso sehr durch Einfachheit und folgerichtige Durchführung wie durch praktische Brauchbarkeit auszeichnet,[3]) bekämpft sie aber als nicht quellenmäßig. Zur Herbeiführung des Gefahrüberganges auf den Käufer hält er die Ausscheidung seitens des Verkäufers und die Absendung einer Nachricht von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer für erforderlich. Von der Thölschen Theorie unterscheidet er sich also nur dadurch, daß nach ihm der Verkäufer dem Käufer eine Nachricht von der Ausscheidung gesandt haben muß, während Thöl schon das „Wissen" des Käufers von der Ausscheidung, gleichgültig, auf welche Weise es erlangt sei, für ausreichend erklärt.

§ 7.

3. Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

a) Konzentration durch Erfüllung: Hol- und Bringschuld.

Schon der erste Entwurf erhob in dem § 214 die Lieferungstheorie zum Gesetze.[4]) Auch in der zweiten Kommission wurde kein Versuch gemacht, an Stelle der Lieferungstheorie eine andere zu setzen, vielmehr gingen sämtliche Anträge, die eine Änderung des § 214 des ersten Entwurfs bezweckten, von ihr aus.

Demgemäß bestimmt § 243 des B.G.B im Abs. 2, nach dem Vorbilde des alten Handelsgesetzbuchs[5]): „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen[6]) Sache seinerseits Erforderliche getan,

---

[1]) Die Gattungsschuld S. 76—79.

[2]) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 183 ff.

[3]) a. a. O. S. 200.

[4]) Diese Theorie lag übrigens im wesentlichen schon dem allgem. Landrecht zugrunde, vgl. Dernburg, Pr.R. II § 138; und v. Ihering a. a. O. S. 389.

[5]) Art. 345.

[6]) d. h. einer Sache von mittlerer Art und Güte, vgl. § 243 Abs. 1.

so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache." Enneccerus und Lehmann[1]) sind allerdings der Ansicht, das Bürgerliche Gesetzbuch habe sich weder der Ausscheidungstheorie noch der Lieferungstheorie angeschlossen, denn es verlange, daß der Schuldner lediglich das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan habe, während v. Ihering nur durch die Leistung der Sache Konzentration eintreten lasse. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch v. Ihering bei der Schickschuld und dem Annahmeverzuge — dies sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Fälle der Konzentration vor erfolgter Leistung — Konkretisieruug des Schuldverhältnisses annimmt, bei der Schickschuld übrigens, wie bereits erwähnt,[2]) aus dem Grunde, weil er in der Auslieferung an die zur Versendung bestimmte Person die Erfüllung erblickt, während das Bürgerliche Gesetzbuch an die Auslieferung zwecks Versendung nur den Übergang der Gefahr auf den Käufer als Folge knüpft.

Welche Handlungen sind es nun, durch die der Schuldner das zur Leistung einer nur generisch bestimmten Sache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche tut?

Es genügt nicht wörtliche Erklärung oder tatsächliche Ausscheidung. Nur eine Vorbereitung des zur Bewirkung der Leistung Erforderlichen liegt in diesen Akten. Der Schuldner vermag sie jederzeit wieder rückgängig zu machen; er trägt im Falle des Unterganges der zur Leistung ausersehenen Sache die Gefahr, und der Gläubiger kann nicht gerade die vom Schuldner in Aussicht genommene Sache fordern.

Vielmehr ist die Voraussetzung der Konzentration grundsätzlich erst dadurch gegeben, daß der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche tut.

Was dazu erforderlich ist, ergibt sich aus dem konkreten Inhalt des vorliegenden Schuldverhältnisses. Dieses kann auf Holen, Bringen oder Schicken gerichtet sein.

Erfüllungsort ist für die Hol- und Schickschulden der Wohnort des Schuldners, für die Bringschulden der des Gläubigers. Dafür, welche Schuldart vorliegt, ist der von den Parteien gebrauchte Aus-

---

[1]) Das Bürgerl. Recht I § 152 II.

[2]) oben S. 15.

druck nicht entscheidend. Im gewöhnlichen Leben werden insbesondere die Ausdrücke „Schicken" und „Bringen" leicht verwechselt. Es macht rechtlich nichts aus, ob die Hausfrau, welche sich die Milch ins Haus bringen läßt, im einzelnen Falle sich des Ausdrucks „Schicken" bedient. Beide Teile wissen, daß die Ware „gebracht" werden soll.[1] Maßgebend ist vielmehr der aus dem bestimmt Ausgedrückten oder aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmende wirkliche Wille der Parteien.

Holschuld.

Ergibt sich kein Anhaltspunkt für den Willen der Parteien, so ist eine Holschuld anzunehmen. Muß der Gläubiger die ihm geschuldete Sache beim Schuldner holen, so ist von letzterem das seinerseits Erforderliche dadurch getan, daß er zur rechten Zeit an seinem Wohnorte, bezw. dem Ort seiner gewerblichen Niederlassung, wenn die Verbindlichkeit in seinem außerhalb des Wohnsitzes geführten Gewerbebetriebe entstanden ist,[2] dem Gläubiger eine geeignete Sache übergibt.

Bringschuld.

Liegt dagegen eine Bringschuld vor — um eine solche handelt es sich lediglich dann, wenn der Schuldner die Verpflichtung des Bringens übernommen hat, nur Geldschulden sind im Zweifel immer Bringschulden[3] —, so hat der Schuldner seiner Verpflichtung erst genügt, wenn er die Sache dem Gläubiger an dessen Wohnort, bezw. dem Ort der gewerblichen Niederlassung, übergeben hat. Er trägt also die Gefahr und die Kosten des Transports. Eventuell genügt die Übergabe ans Gesinde,[4] wenn der Schuldner sich zur passenden Zeit mit der Sache in das Haus des Gläubigers begeben hat und den Gläubiger nicht vorfindet, oder dieser, z. B. durch Krankheit, verhindert ist, die Sache in Empfang zu nehmen, oder seine Lebensstellung eine derartige Zumutung ausschließt.

---

[1]) v. Ihering S. 423.
[2]) B.G.B. § 269 Abs. 2.
[3]) B.G.B. § 270 Abs. 1.
[4]) Ihering a. a. O. S. 425.

Bei der Hol- und Bringschuld geschieht somit das Erforderliche durch die Übergabe der Sache; mit dieser tritt also die Konzentration ein.

Zwar wenden sich sowohl die Protokolle[1]) als auch Planck[2]) gegen die Anschauung, daß durch die Übergabe der Sache Konzentration erfolge, weil mit der Leistung das Schuldverhältnis erlösche, mithin auch von einer Konkretisierung desselben nicht die Rede sein könne. Erloschen ist aber — immer vorausgesetzt, daß die Sache dem Vertrage entsprach —, nur das Recht des Gläubigers auf Lieferung, während die Haftung wegen der Sachmängel bestehen bleibt, also auch das Schuldverhältnis.[3])

Demnach ist daran festzuhalten, daß die Konzentration auch durch Übergabe einer geeigneten Gattungssache eintritt.

β) Konzentration vor der Erfüllung.

§ 8.

aa) Schickschuld.

Beschäftigen wir uns nunmehr mit den Fällen, in denen der Schuldner schon vor der Leistung das seinerseits Erforderliche getan hat und dadurch Konzentration bewirkt.

Zunächst sei hier an den Fall der Schickschuld gedacht. Daß darüber, ob eine solche oder eine Holschuld bezw. Bringschuld in Frage kommt, nicht der von den Parteien gewählte Ausdruck entscheidet, ist bereits oben[4]) erwähnt.

Eine Schickschuld liegt vor, wenn Erfüllungsort der Wohnort des Schuldners ist, letzterer aber vertragsgemäß die Sache dem Gläubiger übersenden muß.

Gesetzlich ist der Schuldner nicht zur Übersendung der Sache an den Gläubiger verpflichtet; vielmehr kann er das Verlangen desselben ablehnen. Akzeptiert er es aber, so übernimmt er eine Nebenverpflichtung zum Hauptvertrage. Es handelt sich nur um eine Neben-

---

[1]) S. 286.
[2]) Kommentar zu § 243 unter Nr. 4.
[3]) Schollmeyer, Kommentar zu § 243 unter 5 b β.
[4]) § 7.

verpflichtung, denn da der eigene Geschäftszweck fehlt, kann die Abrede nicht als ein selbständiges Geschäft, etwa Auftrag, aufgefaßt werden.[1]) Durch die Nebenabrede wird der Leistungsort nicht verändert; die Schuld behält ihren Charakter als Holschuld und wird nicht etwa zur Bringschuld.

Der Schuldner führt im Falle einer Schickschuld das zur Leistung Erforderliche schon dadurch aus, daß er die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Versendung bestimmten Person ausliefert. In diesem Augenblick tritt also die Konzentration ein.

Eine Anwendung dieses Grundsatzes finden wir in der speziellen Vorschrift des § 447 B.G.B. beim Kaufe, ebenso in den §§ 644 Abs. 2 und 651 Abs. 1, die auf den § 447 verweisen, beim Werkvertrag. Entsprechendes gilt aber bei allen, auch unentgeltlichen, Verträgen, denn der § 447 ist, soweit er sich auf Gattungsschuldverhältnisse bezieht, nur ein Ausfluß des im § 243 ganz allgemein ausgesprochenen Grundsatzes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt sich hier in Gegensatz zum älteren insbesondere zum preußischen Recht.[2]) Das allgem. Landrecht ließ, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmann, bezw. Schiffer überliefert wurde, das Eigentum auf den Käufer übergehen, indem es Tradition fingierte. An den Eigentumsübergang wurde als naturgemäße Folge die Übertragung der Gefahr auf den Käufer geknüpft: casum sentit dominus. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht dagegen durchaus nicht auf dem Standpunkt, daß sich schon immer mit der Auslieferung an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person der Übergang des Eigentums auf den Käufer vollziehe,[3]) anderenfalls wäre ja die Sonderbestimmung des § 447 B.G.B. überflüssig gewesen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch tritt also bei einer Schickschuld die Konzentration nicht auf Grund des Eigentumsüberganges ein, sondern darum, weil der Schuldner mit der Auslieferung an den Spediteur usw. alles das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.

---

[1]) Oertmann, Kommentar Anm. 1 zu § 447 B.G.B.; Fischer-Henle, Kommentar Anm. 1 zu § 447; v. Staudinger, Kommentar Anm. 4 zu § 447.

[2]) A.L.R. I, 12 §§ 128 ff.; ebenso österreichisches Gesetzbuch § 429.

[3]) vgl. Motive II S. 326; v. Staudinger, Kommentar zu § 447 Anm. 6.

Wichtig ist nun die Auslegung des im Gesetze gebrauchten Ausdrucks „zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt". Meines Erachtens ist dieser Ausdruck nicht objektiv, sondern subjektiv aufzufassen. Die Person oder Anstalt braucht also nur von den Parteien zur Versendung ausersehen worden zu sein; unerheblich ist, ob sie auch sonst zur Ausführung von Versendungen bestimmt ist.[1])

Gleichgültig ist auch, ob der Schuldner die Versendung in eigener Person besorgt bezw. durch seine Angestellten ausführen läßt, oder sie anderen Personen aufträgt. Zu dieser Frage bemerkt v. Ihering zutreffend: „Das ihm — dem Schuldner — aufgetragene ‚Schicken' wird juristisch dadurch nicht zum Bringen, daß die ihm anheimgestellte Wahl der Person, welche die Ware überbringen soll, auf ihn selber fällt."[2])

Gegen diese auch von Dertmann[3]) und Cosack[4]) vertretene Ansicht wendet sich Berndorff.[5]) Seine Behauptung, daß der Schuldner, der die Übersendung selbst, bezw. durch seine Angestellten, besorgt, nicht „schickt", sondern „bringt", erscheint mir aber unhaltbar, zumal wenn womöglich der Schuldner selbst Spediteur ist.[6]) Die Konzentration tritt, wenn der Schuldner die Versendung selbst ausführt, in dem Zeitpunkt ein, in welchem er mit der Versendung beginnt; wird die Versendung durch die Angestellten besorgt, so ist der Augenblick maßgebend, in welchem der Angestellte sich tatsächlich auf den Weg macht.[7])

Zum Schlusse sei noch zum Beweise für die oben aufgestellte Behauptung, daß der § 447 des B.G.B., soweit er für Gattungsschulden in Betracht kommt, nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Vorschrift des § 243 ist, die Entstehungsgeschichte des letzteren Paragraphen herangezogen.

---

[1]) Haver, Die Gattungsschuld S. 64.

[2]) a. a. O. S. 432 und 433.

[3]) Kommentar zu § 447 Anm. 4.

[4]) Bürgerl. Recht § 124, 2b.

[5]) Die Gattungsschuld S. 82.

[6]) z. B. wenn der Eisenbahnfiskus gleichzeitig Schuldner des betreffenden Rechtsgeschäfts und Ausführer des Transportes ist. vgl. Haver S. 64.

[7]) Dertmann, Kommentar zu § 447 unter 4; Cosack, Bürgerl. Recht § 124 b.

Der dem § 243 B.G.B. entsprechende § 214 des Entwurfs I[1]) ließ Konzentration vor der Leistung durch Übergabe der Sache nur für die Fälle eintreten, in denen vor der Tradition die Gefahr kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Gläubiger überging. Dies war aber, außer beim Annahmeverzuge, nur beim Gattungskaufe vorgesehen, falls der Verkäufer den geschuldeten Gegenstand dem Frachtführer, Spediteur usw. zum Zwecke der Übersendung an einen vom Leistungsort verschiedenen Bestimmungsort auf Verlangen des Käufers ausgeliefert hatte. Nun war es zwar möglich, die für den Kauf gegebenen Vorschriften im Wege der Analogie auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszudehnen; bei einseitigen Verträgen dagegen, insbesondere beim Schenkungsversprechen, sowie bei Gattungsvermächtnissen, konnte der Gefahrübergang noch nicht mit der Auslieferung der Sache an den Spediteur usw. eintreten, selbst nicht in den Fällen, in denen der Schuldner ausdrücklich nur zum Abschicken verpflichtet war, vielmehr erst mit der Übergabe. Darum verallgemeinerte man den § 214 des Entwurfs I, so daß bei sämtlichen Fällen der Gattungsschuld, bei denen eine Versendung vom Erfüllungsort an einen anderen Ort auf Verlangen des Gläubigers in Frage kommt, im Zeitpunkt der Ablieferung an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person Konzentration erfolgt.

§ 9.

ββ) Gläubigerverzug.

Wie bei der Schickschuld schon mit der Auslieferung an die zur Versendung bestimmte Person, so hat auch bei der Hol- und Bringschuld der Schuldner oft bereits vor der Leistung das seinerseits Erforderliche getan.

Nicht immer vermag der Schuldner allein die Erfüllung herbeizuführen, bedarf vielmehr dazu der Mitwirkung des Gläubigers. Versagt letzterer diese trotz ordnungsgemäßen Angebots, obwohl der Schuldner die Leistung so weit vorbereitet hat, daß der Gläubiger nur noch zuzugreifen braucht, so wird der Schuldner dadurch zwar noch nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, er muß vielmehr später noch

[1]) vgl. Protokolle S. 286, 287.

erfüllen. Wohl aber hat der Schuldner dann alles seinerseits zur Leistung Erforderliche zweifellos getan. Mit dem ordnungsgemäßen Angebot tritt also nach § 233 Abs. 2 B.G.B. Konzentration ein. Es wäre ja eine Härte, wenn nur darum das Schuldverhältnis sich nicht konkretisierte, der Schuldner also noch weiter die Gefahr zu tragen hätte, weil der Gläubiger seine Mitwirkung zur Erfüllung versagt.

Daß in den Fällen, in denen der Gläubiger durch Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Sache dem Schuldner die Erfüllung seiner kontraktlichen Pflichten unmöglich macht, der Schuldner schon mit dem Angebot das zur Leistung seinerseits Erforderliche tut, zeigt auch deutlich die Entstehungsgeschichte des § 300 Abs. 2 B.G.B. Wie schon oben erwähnt,[1]) bestimmte § 214 des Entwurfs I eine Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache vor der Tradition nur für die Fälle, in denen vor der Übergabe der Sache die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. Letzteres war aber beim Annahmeverzuge festgesetzt worden. Da nun § 243 des B.G.B., wie die Protokolle ausdrücklich hervorheben,[2]) keine Einschränkung des § 214 des Entwurfs I, sondern eine Verallgemeinerung desselben bedeutet, so ist unter dem zur Bewirkung der Leistung seitens des Schuldners Erforderlichen auch das ordnungsgemäße Angebot der Sache zu verstehen.

Obwohl also aus allgemeinen Gründen heraus wie aus der Entstehungsgeschichte des § 243 sich ergibt, daß das ordnungsgemäße Angebot nur eine Möglichkeit des seitens des Schuldners zur Bewirkung der Leistung Erforderlichen ist, so hat doch das B.G.B. im § 300 Abs. 2 eine bezügliche spezielle Bestimmung getroffen.

Sie lautet: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt." Dafür, in welcher Weise das Angebot zu erfolgen hat, ist der Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses maßgebend. Die Motive[3]) bemerken hierüber: „Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger den mit der konkreten Obli-

---

[1]) S. 22.
[2]) S. 287.
[3]) S. 69.

gation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt."

Das nach § 300 Abs. 2 erforderliche Angebot der Sache muß in der Regel, gemäß der Vorschrift des § 294 B.G.B., ein tatsächliches sein.

Um also eine Beschränkung der Gattungsschuld herbeizuführen, hat der Schuldner bei einer Holschuld eine vertragsmäßige Sache an seinem Wohnsitze[1]) für den Gläubiger bereitzuhalten. Konzentration tritt dann ein, wenn der Gläubiger sich nicht rechtzeitig zum Empfang der Sache beim Schuldner einfindet.

Bei einer Bringschuld dagegen muß der Schuldner eine vertragsmäßige Sache dem Gläubiger an dessen Wohnsitz, event. dem Ort der gewerblichen Niederlassung,[2]) übergeben. Verweigert der Gläubiger die Annahme, so findet die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die angebotene Sache statt.

Die Schickschuld kommt für die Frage der Konzentration durch Annahmeverzug nicht in Betracht, denn bei ihr tritt, wie bereits im § 7 erörtert, die Konzentration schon mit der Auslieferung der Sache an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt ein, also bevor der Gläubiger durch Angebot der Sache in Verzug geraten ist.

Erfolgt aber Konzentration auch dann, wenn der Gläubiger nur durch Verbalobligation in Verzug gesetzt ist?

Der Abs. 2 des § 300 B.G.B. äußert sich nicht ausdrücklich darüber, in welcher Weise, ob nur tatsächlich oder auch mündlich, die Sache angeboten werden kann, damit das Schuldverhältnis sich konzentriere, vielmehr spricht er nur ganz allgemein von einer „angebotenen Sache". Darunter fällt aber meines Erachtens auch das mündliche Angebot.

Diese Ansicht ist in der Literatur fast durchweg vertreten.[3]) Auch Planck,[4]) der die Frage, ob mündliches Angebot zur Herbei-

---

[1]) Event. kommt der Ort der gewerblichen Niederlassung in Frage, B.G.B. § 269 Abs. 2.

[2]) § 270 Abs. 2 B.G.B.

[3]) Fischer-Henle, Handausgabe zum B.G.B.; zu § 300 Anm. 5; Cosack, Bürgerl. Recht S. 356; Oertmann, Kommentar zu § 300 Anm. 2 b; Berndorff S. 38; Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 165.

[4]) Kommentar zu § 300 unter Nr. 3.

führung der Konzentration genügt, an sich für zweifelhaft hält, erklärt schließlich, daß ein zwingender Grund zu einer einschränkenden Auslegung des § 300 Abs. 2 B.G.B. nicht vorliege.

Die Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein durch lediglich mündliches Angebot das Schuldverhältnis sich konkretisiert, bestimmt § 295 B.G.B.

„Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt[1]) hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen."

Es entspricht völlig der Billigkeit, von dem Schuldner den Versuch tatsächlicher Erfüllung dann nicht zu verlangen, falls er offenbar keinen Erfolg haben würde. Anderenfalls würde man zu sehr unbilligen Ergebnissen gelangen. Dann müßte also der Schuldner, für dessen Leistung der Wohnsitz des Gläubigers Erfüllungsort ist, die geschuldete Sache an diesen, vielleicht sehr entlegenen, Ort unter Tragung der Gefahr besorgen, um so Verzug des Gläubigers und dadurch Spezialisierung zu bewirken, obwohl der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Das wäre doch absurd.

Immerhin ist aber, damit Konzentration eintritt, irgendein Angebot, sei es nun ein tatsächliches oder ein wörtliches, erforderlich. Es scheiden also die Fälle aus, in denen Annahmeverzug ohne Angebot erfolgt.

Der Gläubiger kommt ohne Angebot in Verzug, wenn für die von ihm vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und er die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt, ferner, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt,[2]) schließlich, wenn

---

[1]) Die Ablehnung muß bestimmt erklärt sein. vgl. Windscheid § 345 Anm. 5.

[2]) § 296 B.G.B.

der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist — in Frage kommen hier nicht nur die gegenseitigen Verträge, sondern auch alle Zug- um Zug-Geschäfte[1]) — und der Gläubiger zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.[2])

Hier tritt demnach Konzentration nicht ein, weil das nach dem klaren Wortlaut des § 300 Abs. 2 „angebotene Sache" notwendige Angebot nicht stattgefunden hat.

Aus demselben Grunde erfolgt auch im Falle des oben[3]) zitierten § 295 Satz 2 B.G.B. keine Konzentration, denn die an den Gläubiger gerichtete Aufforderung, die erforderliche Handlung vorzunehmen, ist kein Angebot.[4])

In allen diesen Fällen bedarf es vielmehr, damit Konzentration eintrete, stets noch eines Angebots.

§ 10.

γγ) Ist Ausscheidung zur Herbeiführung der Konzentration erforderlich?

Wie oben[5]) bereits dargelegt, ist nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch durchgeführten Lieferungstheorie die Ausscheidung nicht mehr diejenige Tatsache, an welche sich die Konzentration unmittelbar als Folge anschließt.

Muß aber immerhin vielleicht die Ausscheidung zu den Akten, welche die Konzentration zur Folge haben, hinzutreten?

Das B.G.B. läßt im § 243 die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache unter der Voraussetzung erfolgen, daß der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Es fragt sich also: Kann der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche tun, ohne die Ausscheidung vorgenommen zu haben?

Für die Konzentration durch Leistung kommt diese Frage nicht in Betracht, denn die Erfüllung ist ohne Aussonderung nicht denkbar.

---

[1]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 298. Beispiel: Anspruch auf Quittung und Rückgabe des Schuldscheines.

[2]) B.G.B. § 298.

[3]) S. 25.

[4]) Oertmann, Kommentar zu § 300 Abs. 2a.

[5]) § 6.

Bei der Schickschuld ergibt sich die Lösung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage. Ist dem Schuldner durch ausdrückliche Bestimmung oder nach dem konkreten Vertragszweck stillschweigend gestattet, die geschuldeten Sachen unindividualisiert dem Gläubiger zu übersenden, so hat er zweifellos das Erforderliche mit der Auslieferung an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt getan, obwohl eine Ausscheidung nicht vorgenommen ist. Mithin tritt, trotz Fehlens der Ausscheidung, gemäß dem Grundsatz des § 243 Abs. 2 B.G.B. die Konzentration ein.[1]) In dem bekannten v. Iheringschen Beispiel bzgl. des Handlungshauses N hat sich also auch mit der Auslieferung an den Flußschiffer P das Schuldverhältnis konkretisiert, obwohl die für A und B bestimmten je 609 Zentner Kohlen ungetrennt voneinander dem P zum Transporte übergeben worden waren.

Wenden wir uns nunmehr dem Fall der Konzentration durch Annahmeverzug auf Grund Angebots zu. Hier ist es sehr bestritten, ob zwecks Herbeiführung der Konzentration die Ausscheidung der Sache aus dem genus zu erfolgen hat.[2]) Nach der Ansicht Cosacks und Plancks,[3]) welcher ich mich anschließen möchte, ist eine Konzentration durch Verzug des Gläubigers ohne Individualisierung nicht möglich. Dies gilt, wie hervorgehoben sei, insbesondere auch dann, wenn der Verzug des Gläubigers und somit Konzentration auf Grund wörtlichen Angebots erfolgt, was aus dem Wortlaut des § 300 Abs. 2 B.G.B. hervorgeht. Vor vollzogener Aussonderung kann wohl vom Angebot der Leistung, nicht aber vom Angebot der „Sache" geredet werden.[4])

II. Wirkungen der Konzentration.

§ 11.

a) Vorbemerkung.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer Gattungssache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan — das Nähere ist in

[1]) Oertmann, Komm. zu § 243, 5 a; Berndorff S. 83; Haver S. 36.

[2]) Für nicht erforderlich hält die Ausscheidung: Haver S. 67 ff.; für erforderlich: Cosack, Bürgerl. Recht I § 106 II, 2 a; ferner Planck, Kommentar Anm. 3 zu § 300.

[3]) vgl. Anm. 1.

[4]) Oertmann, Kommentar Anm. 2 b zu § 300.

den §§ 4—10 ausgeführt, — so „beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache".[1]) Vom Augenblicke der Konzentration an ist also nur diese Sache Schuldgegenstand.

Die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld hat aber keine rückwirkende Kraft, im Gegensatze zu dem ähnlichen Vorgange bei der Alternativobligation.[2])

Gehen wir nun auf die einzelnen Wirkungen der Konzentration ein.

§ 12.

b) Gefahrübergang.

Die wichtigste Konsequenz der Konzentration ist der Übergang der Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger. Gerade in der verschiedenen Haftung für Zufall liegt hauptsächlich die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen der Genusschuld und der Speziesschuld.

Betrachten wir jetzt den Einfluß, welchen der Zufall auf das Gattungsverhältnis *vor* und *nach* der Konzentration hat.

Insofern ist allerdings der Gattungsschuldner dem Speziesschuldner schon vor der Konzentration gleichgestellt, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, *unmöglich* wird, z. B. dadurch, daß die Gattung ausstirbt. Denn der Abs. 1 des § 275 B.G.B. bezieht sich sowohl auf Gattungsschulden wie auf Speziesschulden. Der Gattungsschuldner wird also durch nachträglich eintretende, von ihm nicht verschuldete Unmöglichkeit der Leistung frei. Er muß jedoch, wie der Speziesschuldner, den Ersatz oder Ersatzanspruch, er infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, erlangt, auf Verlangen des Gläubigers herausgeben bezw. abtreten.[3])

Hinsichtlich des nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden *Unvermögens* des Schuldners zur Leistung unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch aber zwischen Gattungsschuld und Speziesschuld. Während es nämlich für die Speziesschuld den Grundsatz auf-

---

[1]) B.G.B. § 243 Abs. 2.

[2]) B.G.B. § 263.

[3]) B.G.B. §§ 281, 323 Abs. 2. Nach letzterer Bestimmung bleibt bei gegenseitigen Verträgen der andere Teil dann zur Gegenleistung verpflichtet.

stellt, daß das nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung einer nachträglichen Unmöglichkeit gleichstehen,[1]) also Befreiung des Schuldners von der Leistung bewirken solle, bestimmt es im Gegensatze hierzu für die Gattungsschuld im § 279: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

Gegen diese Bestimmung[2]) wendet sich besonders Ubbelohde.[3]) Nach Ansicht desselben behandelt die im § 279 zum Ausdruck gelangte Rechtsnorm nur den Fall, daß die Gattung, aus der geleistet werden soll, zu existieren aufhört oder dem Rechtsverkehr entzogen ist. Er tadelt es, daß die Bestimmung sich nicht auf andere Fälle, z. B. bei andauernder allgemeiner Unterbrechung des Frachtbetriebes der Eisenbahnen, ausdehnen lasse, und schlägt, um dies zu ermöglichen, eine andere Fassung der in Frage stehenden Bestimmung vor.

Meines Erachtens erhebt Ubbelohde diese Einwendungen zu Unrecht.

Gewiß verlangt die Billigkeit, daß der Gattungsschuldner nicht bloß dann von seiner Leistungspflicht befreit wird, wenn die Gattung, aus der er zu leisten hat, zu existieren aufhört oder dem Rechtsverkehre entzogen wird. Darüber kann, seit Hartmann[4]) diese Frage eingehend erörtert hat, kaum mehr Zweifel sein, daß „das Soll einer generischen Obligation ihrer allgemeinen Natur nach schon an geringeren Hinderungsgründen sich brechen"[4]) muß. In vielen Fällen ist die Gattung, aus der geleistet werden soll, noch vorhanden, die Leistung indessen unmöglich, z. B. wenn ein Ausfuhrverbot erlassen, die Blockade über einen Hafen verhängt oder ein Generalstreik ausgebrochen ist.

---

[1]) B.G.B. § 275 Abs. 2.

[2]) Genauer: gegen den § 235 Abs. 2 des Entwurfs der zweiten Lesung, der mit dem § 279 B.G.B. im wesentlichen übereinstimmt. Letzterem sind nur die Worte „zur Leistung" zugefügt.

[3]) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 85 S. 119; dieselbe Ansicht vertritt auch Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 98 II, 1b.

[4]) Die Obligation S. 254 ff.; Hartmann verweist dort auf die französische Judikatur. Diese hatte ja infolge der Wirkungen des Krieges von 1870—1871 besonderen Anlaß, sich mit der Frage zu beschäftigen.

Daß diese Fälle rechtlich dem Untergange der Gattung gleichzuachten sind, entspricht meines Erachtens der Billigkeit.

Dies schließt aber auch die Fassung des § 279 B.G.B., wie insbesondere Dertmann[1]) darlegt, nicht aus. Voraussetzung des § 279 ist nicht, daß die Gattung noch existiert, sondern daß die Leistung aus der Gattung noch „zwar objektiv, aber relativ, unter den obwaltenden Umständen“ [1]) möglich erscheint, ob die Gattung „in casu zur Leistung verwendbar“ [2]) ist. Dies wird man z. B. bei Ausfuhrverboten, Blockaden, bei einem Generalstreik verneinen müssen.

Auch Planck[3]) ist, wie Dertmann, der Ansicht, daß die Leistung aus der Gattung nicht nur dann unmöglich ist, wenn die in Frage kommende Gattung nicht mehr vorhanden ist, sondern auch dann, „wenn dies zwar ungewiß ist, die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art aber mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese Schwierigkeiten nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden“.

Schollmeyer[4]) bezeichnet dies allerdings als zweifelhaft, ohne aber näher auf die Frage einzugehen.

Goldmann-Lilienthal[5]) stehen im wesentlichen auf dem im Texte vertretenen Standpunkt; sie gehen aber zu weit, wenn sie den Gattungsschuldner auch für den Fall von seiner Leistungspflicht befreit wissen wollen, daß er rein persönlich an der Leistung gehindert ist, weil dies keine spezielle Beziehung zu dem Gegenstande der Leistung habe.

Die Bedeutung des § 279 B.G.B. liegt darin, daß nach ihm der Gattungsschuldner vor der Konzentration, falls nicht der Untergang der Gattung oder ein diesem gleichzuachtender Umstand eintritt, durch den Untergang einzelner Gattungssachen nicht von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, obwohl ihn kein Verschulden trifft, mag er auch die später untergegangenen Sachen schon zur Leistung ausersehen, vielleicht sogar bereit gestellt haben.

---

[1]) Kommentar zu § 270, sowie Archiv für bürgerl. Recht Bd. 12 S. 283.
[2]) Dertmann, Kommentar zu § 279 H.G.B.
[3]) Kommentar zu § 279 B.G.B. unter Nr. 1.
[4]) Kommentar zu § 279.
[5]) Das Bürgerl. Gesetzbuch: zu § 279 Anm. 19.

Von dem Augenblicke aber, in welchem Konzentration eingetreten ist, finden hinsichtlich der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit oder des nachträglichen Unvermögens dieselben Grundsätze Anwendung, wie wenn von vornherein eine bestimmte Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses gewesen wäre. Von der Konzentration an sind mithin die Folgen nachträglich eintretender subjektiver und objektiver Unmöglichkeit gemäß § 275 die gleichen. Darnach wird also der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung frei, soweit nicht ihn, bezw. seinen gesetzlichen Vertreter und die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, die Schuld an der Unmöglichkeit oder dem Unvermögen trifft.

Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, so verliert nach § 323 B.G.B. der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die ihm aus dem Vertrage obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat.

§ 13.

c) ius variandi?

Ist der Gläubiger unter allen Umständen berechtigt, Leistung gerade derjenigen Sachen zu verlangen, auf welche sich das Schuldverhältnis konzentriert hat, ist der Schuldner seinerseits verpflichtet, eben diese Sachen zu leisten?

Der Eintritt der Konzentration durch Bewirkung der Leistung bedarf hier keiner weiteren Erörterung; in Betracht kommen vielmehr nur die Fälle der Konkretisierung, in welchen wie oben behandelt,[1]) Konzentration durch Auslieferung an die zur Versendung bestimmte Person oder durch Verzug des Gläubigers erfolgt.

Hier ist von folgendem Gedanken auszugehen:

Solange die Konzentration noch nicht stattgefunden hat, besitzt der Schuldner keinen Anspruch auf eine bestimmte Sache, kann ihn nicht besitzen, weil Gegenstand des Schuldverhältnisses kein individuell bestimmtes Objekt ist.

Durch die Konzentration aber verwandelt sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Es gelten demnach die Rechtssätze, welche für

[1]) §§ 8, 9.

die Speziesschuld maßgebend sind, auch für das auf eine bestimmte Sache beschränkte, ursprünglich generische Schuldverhältnis vom Zeitpunkte der Konzentration an. Bei einer Speziesschuld aber hat der Gläubiger stets einen Anspruch auf den Gegenstand des Schuldverhältnisses, folglich ebenfalls bei Gattungsschulden nach der Konkretisierung. Von dem Augenblicke der Konzentration an ist also der Gläubiger berechtigt, die Annahme einer anderen Sache als Leistungsgegenstandes zu verweigern, obwohl dieselbe dem Vertrage entspricht.

Dies verlangt auch die Billigkeit. Der Gläubiger muß nach der Konzentration, durch welche ja die Gefahr auf ihn übergewälzt worden ist, die Gewißheit darüber haben, ob er eine bestimmte Sache zu beanspruchen hat; denn nur dann kann er über die an ihn gesandten Waren, welche sich auf dem Transporte befinden, sicher verfügen, sie weiterveräußern, Darlehn darauf aufnehmen und anderes. Zu welchen unbilligen, der Verkehrsanschauung direkt entgegengesetzten Ergebnissen es führen würde, wenn man dem Schuldner das Verfügungsrecht über die Sache nach der Konzentration beließe, zeigt besonders deutlich das bekannte Beispiel, das Bekker gegen die v. Jheringsche Theorie anführt[1]):

„Ein Bremer Haus kauft in Hamburg zehn Stück einer ausgelosten Serie eines Prämiendarlehns zu einer Zeit, wo die Nummernziehung schon begonnen. Der Hamburger übergibt zehn Stück in einem Paket der Privatpost, die zwischen Bremen und Hamburg geht, unter der Adresse des Bremer Hauses. Bald nachher erfährt er durch eine unerwartete telegraphische Depesche, daß auf eine jener zehn Nummern ein Hauptgewinn gefallen ist. Nun entsendet er reitende Boten, einmal die Auslieferung des Pakets zu hintertreiben, sodann rechtzeitig zehn andere Stück dem Bremer zu liefern."

Dem Schuldner würde also, wenn er nach dem Übergange der Gefahr auf den Gläubiger noch ein ius variandi hätte, die Möglichkeit geboten sein, in ungerechtfertigter Weise auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren.[2])

Dies wäre gegenüber dem Gläubiger eine große Härte. Sobald die Haftung für die Gefahr auf ihn übergegangen ist, muß er auch

---

[1]) Jahrbücher des gemeinen Rechts Bd. 5 S. 385, 386.
[2]) Protokolle S. 288.

ein Recht auf die Sache, welche infolge der Konzentration Leistungsgegenstand geworden ist, erhalten.

Mit Recht bemerken die Protokolle,[1]) „daß nach den Anforderungen der Konsequenz, der Billigkeit und der Praktikabilität der Gläubiger von dem Augenblick an, in dem er die Gefahr übernehme, auch ein unwiderrufliches Recht auf die ausgeschiedene Sache mit der Wirkung erwerben müsse, daß er die Leistung einer anderen, derselben Gattung angehörenden Sache, zurückweisen dürfe.

Dies ist nach der herrschenden Ansicht[2]) auch der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Cosack[3]) meint allerdings, daß der Schuldner die von ihm einseitig getroffene Bestimmung mindestens so lange frei widerrufen könne, als sie dem Gläubiger noch nicht mitgeteilt sei. Er begründet seinen Standpunkt damit, daß in der Regel der Gläubiger kein Interesse daran habe, den Schuldner an dessen Bestimmung zu binden, und daß deshalb die Unwiderruflichkeit dieser Bestimmung vom Gesetzgeber nicht als die Regel gewollt sein könne.

Diese Ansicht ist aber unhaltbar,[4]) denn dem Übergange der Gefahr auf den Gläubiger entspricht als Korrelat das grundsätzlich unwiderrufliche Recht des Gläubigers auf die Sache, auf welche sich das Schuldverhältnis konzentriert hat.

Prinzipiell hat also der Schuldner[5]) kein ius variandi, und zwar weder im Falle der Schickschuld noch in dem des Annahmeverzugs.

Die ausnahmslose Durchführung des Prinzips, daß der Gläubiger von der Konkretisierung an ein Recht auf die bestimmte Sache hat, würde aber in vielen Fällen für den Schuldner unerträgliche Härten im Gefolge haben, insbesondere wenn es sich um vertretbare Sachen

---

[1]) S. 297.

[2]) Planck, Kommentar zu § 243 Nr. 4; Oertmann, Kommentar zu § 243 Nr. 5b; Dernburg, Bürgerl. Recht S. 30; Berndorff S. 40; Protokolle S. 287, 288; Heilfron a. a. O. § 69c Nr. 2; im wesentlichen auch Schollmeyer, Kommentar § 243 Nr. 6c.

[3]) Bürgerl. Recht § 84, 3f. S. 300; vgl. auch das dort angeführte Beispiel.

[4]) Oertmann, Kommentar zu § 243 Nr. 5b; Berndorff S. 40, 41; Goldmann-Lilienthal II S. 294.

[5]) Selbstverständlich auch nicht der Gläubiger.

handelt. Hat etwa der Schuldner, dem die Leistung von Geld obliegt, wenn er solches dem Gläubiger anbietet und dieser durch Nichtannahme in Verzug gerät, die Verpflichtung, gerade die angebotenen Geldstücke zu leisten, diese also getrennt aufzubewahren, um sie später dem Gläubiger zu liefern?

Die Frage ist zu verneinen. Der Gläubiger würde in der Regel, wenn er gerade die ihm angebotenen, aber von ihm nicht angenommenen individuellen Sachen vom Schuldner verlangte und Leistung gleichwertiger Objekte nur aus dem Grunde zurückwiese, weil sich das Schuldverhältnis bereits konkretisiert habe, gegen die auf alle Schuldverhältnisse zutreffende Vorschrift des § 242 B.G.B., gegen den Grundsatz von Treu und Glauben,[1]) verstoßen, eventuell gegen § 226 B.G.B., nach welchem die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

Maßgebend dafür, ob dem Gläubiger im konkreten Falle ein unentziehbares Recht bezüglich der Sachen zusteht, auf welche sich das Schuldverhältnis konzentriert hat, wird demnach der Umstand sein, ob er ein begründetes Interesse daran hat, diese Sachen zu erhalten.

Wohl wird dadurch eine gewisse Unsicherheit hervorgerufen; „eine solche ist aber überhaupt nicht zu vermeiden, wo nach Treu und Glauben der Inhalt einer Verpflichtung zu bestimmen ist.“[2])

Zu weit geht Dernburg,[3]) wenn er im Falle der durch Annahmeverzug herbeigeführten Konzentration dem Schuldner allgemein das Recht zuspricht, die Konkretisierung des Schuldverhältnisses als nicht eingetreten zu behandeln.

Vielmehr ist daran festzuhalten, daß auch bei der Konzentration durch Annahmeverzug, entsprechend dem Wortlaut des § 243 Abs. 2 B.G.B., der Gläubiger grundsätzlich ein unwiderrufliches Recht auf die angetretene Sache erlangt hat, und daß dieses Recht nur durch den Grundsatz von Treu und Glauben — B.G.B. § 242 — und durch das Prinzip des § 226 B.G.B. eine Einschränkung erfahren kann.[4])

[1]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. Buch II S. 294; Planck, Komm. zu § 243 unter Nr. 4; Oertmann, Komm. zu § 243 unter Nr. 5b; Schollmeyer, Komm. zu § 243 unter 6c; Berndorff S. 41; Cosack, Bürgerliches Recht § 84, 3 f. S. 299 und 300.

[2]) Planck, Kommentar zu § 243 unter Nr. 4.

[3]) Bürgerliches Recht § 12.

[4]) Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 152, II.

Der Schuldner vermag sich aber in dem Falle der Konkretisierung durch Annahmeverzug zu seinem Schutze auch der Mittel zu bedienen, die jedem Schuldner beim Verzug des Gläubigers zustehen. Demgemäß kann er Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen,[1]) ferner wenn die geschuldete Sache zur Hinterlegung nicht geeignet ist, sie am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen, ebenso wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.[2])

---

[1]) § 372 B.G.B.
[2]) § 383 B.G.B.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.